



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala de Decisión Penal

Radicación: 080013109010202300068
Rad. Interna: 2023-00628-T CJ
Accionante: Javier Eduardo Pérez Rueda
Accionado: Comisión Nacional Del Servicio Civil, Universidad Sergio Arboleda
Procedencia: Juzgado 10 Penal del Circuito de Barranquilla.
Funcionario: Lina marcela Martínez Meza
Derecho: Igualdad, Trabajo, Debido Proceso
Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jiménez.
Acta No:419

Barranquilla D.E.I.P., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta por el accionante señor Javier Eduardo Pérez Rueda en contra de la decisión de tutela de fecha 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela, por falta requisito subsidiareidad, existencia otra vía judicial.

Antecedentes

Hechos:

Manifestó el accionante señor Javier Eduardo Pérez Rueda que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, y la Universidad Sergio Arboleda, convocaron a Concurso de méritos para proveer los empleos en vacancia definitiva del Sistema de Carrera Administrativa correspondiente a la planta de personal de la Gobernación del Valle del Cauca.

Indicó, que ya después de estar inscrito en el proceso de selección, nivel profesional Líder de Programa, correspondiéndole las pruebas escritas en la ciudad de Bogotá D.C., no pudiendo acudir el día fijado, 2 de julio de 2023, al haber sufrido un lamentable accidente que le impidió desplazarse a la capital, habiendo remitido las constancias con su Historia Clínica, solicitando la reprogramación de la prueba, lo cual le fue negado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil - Universidad Sergio Arboleda ya que la única fecha establecida según el aviso informativo, había ya transcurrido.

Finalizó solicitando el amparo de sus derechos fundamentales invocados, ya que existió una circunstancia de fuerza mayor, ajena a su voluntad, reiterando su intensión o deseo de optar al cargo, ante su actual condición de desempleado.

Respuesta De Los Intervinientes Vinculados

Universidad Sergio Arboleda:

Rindió informe la representación del claustro universitario, destacando aquellos apartes del Acuerdo del Proceso de Selección, que señalaban las fechas para presentar reclamos, no encontrándose ninguna suya en el aplicativo establecido, de conformidad a disposición legal, por lo que, al no tener porcentaje mínimo aprobatorio, no puede continuar en el proceso, transcribiendo los artículos referentes a causales de exclusión, destacando la no presentación de las pruebas en las fechas establecidas.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

En su respuesta iniciaron señalando el Acuerdo del diciembre pasado, como la norma reguladora del Concurso, y de obligatorio cumplimiento para las entidades convocantes y de sus participantes.

Reseñaron el procedimiento establecido y a seguir, de obligatorio cumplimiento, destacando que cumplieron con sus obligaciones contractuales adquiridas, es decir las reglas del Proceso de Selección, por lo que las pretensiones del joven accionante, no le eran imputables a su entidad.

Finalizaron expresando que acoger sus pretensiones, implicaría transgredir los derechos y el principio de igualdad que le asiste a los más de 48.000 citados e implicaría un favoritismo al pasar por encima de las reglas establecidas.

Sentencia Impugnada

El Juez de primer nivel luego de su análisis y estudio de las pruebas e informes allegados, resolvió declarar la improcedencia de la acción constitucional de amparo, sosteniendo que se pretende amparar sus

derechos fundamentales ante la negativa de las accionadas entidades, de reprogramar la fecha y poder presentar las pruebas escritas, las cuales ya habían ocurrido y a las cuales no asistió por el accidente sufrido.

Que se alegó por los accionados la improcedencia de la tutela, señalando que el escenario natural para la reivindicación, era la jurisdicción de lo contencioso administrativo, adicionando la falta del requisito de la inmediatez, y que, para la Comisión y el establecimiento universitario, era improcedente por el hecho de no haber concurrido a las pruebas escritas.

En su análisis a los hechos relevantes, sostuvo la existencia de un proceso litigioso, en donde las partes expusieron sus pruebas y argumentos, que deben ser sometidos a debate, y observaba que la finalidad del amparo era atacar un acto administrativo definitivo, habiendo nuestra normativa dispuesto mecanismos de defensa, recordando el medio de control de la nulidad y el restablecimiento de derechos.

Se permitió transcribir apartes de la sentencia T-059 de 2019, dando cuenta que la tutela sobre actos proferidos en un concurso de méritos, eran improcedente por regla general, debiendo el juez constitucional establecer su eficacia para resolver el problema jurídico, como también sentencia del Consejo de estado que indica que cuando el acto de tramite le impide al aspirante continuar su participación se convierte en definitivo sobre su situación jurídica y en consecuencia puede ser demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Concluyo el a quo que el actor no había acudido a los medios judiciales idóneos y eficaces, no podía prescindir de estos mecanismos ya que con ello desnaturalizaría la tutela como medio subsidiario tornándola como principal. Y que además no advertía un perjuicio irremediable, no acreditado por el accionante, por lo que resolvió declarar la improcedencia.

Impugnación

Inconforme con el fallo, impugnó destacando que, en la reglamentación del Concurso, nada se prevé en caso de inasistencia a las pruebas por motivos de salud, y refiere caso ventilado por el Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del año 2012, en donde persuaden a

las entidades accionadas en su caso, para que regularan situaciones semejantes y así darle oportunidad de exponer sus razones por la inasistencia, y con ello se garantizara el debido proceso, la igualdad y la buena fe.

Asimismo, otro fallo de tutela expedido por la Corte Suprema de Justicia ante caso semejante, ordenando se le convocara nueva fecha para practicar dichas pruebas, a las que no pudo asistir por un accidente.

Finalizó solicitando se revocara el fallo del *a quo* y se le amporen sus derechos fundamentales.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, esta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las acciones u omisiones de entidades públicas o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

Procedencia de la acción de tutela

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido lo siguiente:

*“... El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que **“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991*

establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

De lo anterior se colige que **la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias**. En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable**. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia...” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro mecanismo para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y que a la results de éstos, exista una vulneración evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la Corte ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

“... De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:

En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión” (Sentencia T-290 de 2005).

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente...”

Problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer, si las accionadas entidades están vulnerando los derechos fundamentales del concursante, al no aceptar una reprogramación de las pruebas escritas.

Caso en concreto.

Para resolver se analizará la procedencia de la acción de tutela en temas de concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos relacionados con los concursos de méritos ya que deben ser resueltos por el juez contencioso administrativo, salvo de manera excepcional de presentarse algunas de las subreglas por ella establecida.

En su artículo 125 nuestra Constitución consagra como regla general que los empleos de los órganos y entidades del Estado deben

proveerse mediante el sistema de carrera a la que se ingresa por concurso público de méritos.

En el caso sometido a consideración tenemos que el aspirante excluido, el accionante señor Javier Eduardo Pérez Rueda acude a la vía de tutela con el propósito de proteger sus derechos fundamentales, alegando su vulneración por las dos entidades accionadas, contestes en rechazar programarle una nueva fecha para presentar las pruebas escritas, sin las cuales no se le permitió continuar en el concurso, alegándose causal de exclusión, consagrada en el Acuerdo de Convocatoria obligatorio para los participantes.

Como se reseñó anteriormente, el juez de primera instancia declaro improcedente la acción de tutela por considerar que el actor contaba con un acto administrativo que era susceptible de control por la jurisdicción contenciosa administrativa y tampoco procedía de manera transitoria al no apreciarse en el material probatorio la configuración de un perjuicio irremediable, ni su acreditación por el accionante.

Vista la línea de tiempo del proceso de selección que se llevó a cabo por la Universidad partícipe, se observa su decisión de excluirlo y no permitirle la alegada reprogramación, y como consecuencia su exclusión de la lista de partícipes a continuar una vez salvado dicho tamiz selectivo, decisión contra las cuales no presentó reclamación alguna en el lapso previsto y establecido.

Concluía así para el actor aspirantes, la posibilidad de continuar en el concurso ya que estos constan de etapas sucesivas, de carácter preclusiva, y al no sobrepasar la de prueba escrita, le impidió continuar en la selección. Fueron ceñidas las accionadas entidades a las condiciones, reglas establecidas, siendo sus respuestas, apegadas estrictamente a su tenor literal.

Queda claro que se está en presencia, como acertadamente observó el *a quo*, de una controversia entre las entidades convocantes y el concursante actor, sobre cómo resolver una inasistencia, sobre la cual nada se dice en la reglamentación a la que están sometidos uno y otro, un debate que debe ser resuelto por las autoridades judiciales competentes.

En concordancia con lo anterior, al disponer de medios de defensa, como sostuvo el *a quo*, la acción de tutela se torna improcedente, pues esta no está llamada a invadir orbitas establecidas por el legislador en cabeza de otras jurisdicciones.

Es así como, conforme a lo plasmado en la impugnación impetrada por el accionante y alegaciones de las accionadas entidades, aquella no está llamada a prosperar, razón por la cual, se confirmará la sentencia del 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en su condición de juez constitucional, “administrando justicia en nombre de la República y por autorización de la Ley”

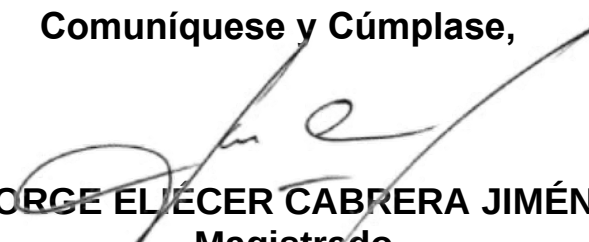
Resuelve:

Primero: Confirmar en su totalidad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, el día 28 de agosto del 2023, por lo expuesto en las consideraciones precedentes.

Segundo: Notifíquese a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

Tercero: Ordenar que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELÍECER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado


DEMOSTENES CARMARGO DE AVILA
Magistrado


LUCELLY AMPARO MARÍN MARTÍNEZ
Magistrada

OTTO MARTÍNEZ SIADO
Secretario